

# LA IDEA DE JUSTICIA Y LA TEORIA IMPERATIVISTA DEL DERECHO

## I

Parece que el concepto de «deber ser» de que tanto se ufanan las llamadas ciencias normativas, a fuerza de exigir de él demasiadas cosas, está languideciendo y a punto de quedar anémicamente retraído al clásico ser, lo único conocido de la cultura antigua. Quizás al expresarnos en la forma que acabamos de dejar consignada estamos también rindiendo un tributo a ese «deber ser» exaltado hasta hace poco tiempo como el reino de la idealidad, superior en valor al mundo de las puras realidades.

Pero si se piensa con alguna hondura se adivina un fenómeno paralelo en otros campos de la temática filosófica del Occidente más reciente, hijo, sin duda alguna, de un cansancio ante lo artificial de ciertas actitudes que venían gestándose ya en el seno mismo de la filosofía griega, en su etapa decadente. Valga recordar, aunque sea muy de paso, el concepto de *verdad* que, por ser definido como «*adaequatio rei et intellectus*», estuvo a punto de conducir al idealismo aun a filósofos muy afectos al realismo tomista. La filosofía pareciera un día dominada por el demonio de las comparaciones y fué así como olvidó la idea griega de la verdad como *aletheia*, como patentización del ser mismo de los entes para reduplicarla en una conformidad del ser con el entendimiento.

Es a Heidegger a quien ha correspondido restaurar el viejo concepto deteniendo la especulación filosófica en la pendiente en que cada día se precipitaba, hasta caer en un regreso *ad infinitum* de comparaciones entre el pensamiento y lo que es, y luego entre la adecuación y el pensamiento de la adecuación, *et sic de caeteris* (1).

---

(1) En una página de extrema claridad, expone HEIDEGGER toda su crítica a la concepción de la verdad como *adaequatio*, «*omiosis*»: «Supongamos que al-

Más tardíamente, la tarea filosófica dió en la idea de *bien* para despojarla de su ser como atributo trascendental de los entes, e idéntico con ellos, hasta llegar al absoluto relativismo y subjetivismo de las valoraciones, de toda estimación. Y para salir de tal relativismo descubrió después esa «astronomía de los valores», como diría Hei-

---

guyen profiere, vuelto de espaldas a la pared, la proposición verdadera: «El cuadro colgado de la pared está torcido». Esta proposición se comprueba volviéndose el que la profiere y percibiendo el cuadro que cuelga torcido de la pared. ¿Qué se comprueba en esta comprobación? ¿Cuál es el sentido de la verificación de la proposición? ¿Se constata una concordancia del «conocimiento» o de lo «conocido» con la cosa colgada de la pared? Sí y no, según que se haga una exégesis adecuada del fenómeno significado por la expresión «lo conocido». ¿A qué se refiere el que profiere la proposición, cuando juzga sin percibir el cuadro, sino «limitándose a representárselo»? ¿A «representaciones»? Ciertamente que no, si «representación» hubiera de significar aquí representarse, en el sentido de un proceso psíquico. Tampoco se refiere a representaciones en el sentido de lo representado, mientras por esto se entienda una «imagen» de la cosa «real» colgada de la pared. El proferir la proposición «limitándose a representarse» el cuadro se refiere, con arreglo a su sentido más genuino, al cuadro «real» que cuelga de la pared. Este es lo mentado y no ninguna otra cosa. Toda exégesis que intercale aquí cualquier otra cosa como lo mentado por la proposición proferida limitándose a representarse el cuadro, falsea los fenómenos en punto a aquello sobre lo que se profiere la proposición. El proferir una proposición es un «ser relativamente a» la cosa, al ente mismo. ¿Y qué es lo comprobado por la percepción? No otra cosa sino *que* el ente es el mismo ente que estaba mentado en la proposición. Lo verificado es que «el ser, profiriendo una proposición, relativamente al «objeto» de la proposición» es un mostrar el ente; lo verificado es *que* tal ser *descubre* el ente relativamente al cual es. Comprobado es el «ser descubridor» de la proposición. En el proceso de la comprobación, el conocer se refiere constante y únicamente al ente mismo. En éste transcurre, por decirlo así, la verificación. El ente mentado mismo se muestra *tal como* es en sí mismo, es decir, muestra que *él* es en su identidad tal como en la proposición proferida se muestra, se descubre que *él* es. No se comparan representaciones, ni entre sí ni en *referencia* a la cosa «real». La comprobación no entraña una concordancia del conocer y el objeto, ni menos de lo psíquico y lo físico, pero tampoco entre «contenidos de conciencia» unos con otros. La comprobación entraña únicamente el «ser descubierto» del ente mismo, *él* en el «cómo» de su «estado de descubierto». Este se verifica mostrándose el «objeto» de la proposición, esto es, el ente mismo, *como él mismo*. Verificación significa: *mostrarse los entes en su identidad*. La verificación se lleva a cabo sobre la base de un mostrarse los entes. Esto sólo es posible siendo por su sentido ontológico el conocer que profiere proposiciones y que se verifica un «ser, descubriendo, relativamente a» los entes «reales» mismos». (Páginas 249 y sigs. de *Ser y Tiempo*, trad. de J. GAOS, Ed. Fondo de Cul. Econ., México, 1951.)

degger (2), en que la subjetividad sigue imponiéndose, a despecho de las generosas tendencias por salvar lo objetivo del bien.

Pero donde el afán de las confrontaciones llegó a su climax fué en el mundo del Derecho, hasta el punto de que, desde muy lejanos tiempos, nos viene la idea de pensar que Derecho es solamente la norma, el Derecho llamado objetivo, ante el cual aparece cuando no como una claudicación del primero, sí como una benevolencia suya, el que se denomina derecho subjetivo, la facultad de hacer o de no hacer y todo lo que de ésta es derivado. Y con esa norma hay que componer toda realidad que merezca llamarse jurídica.

Kelsen es quien ha empujado la especulación normativista a tal extremo que la ha hecho estallar, por así decirlo, haciendo ver en la compulsión de todo lo que la idea del deber podía dar de sí, los propios límites y al tiempo mismo la quiebra del propio pensamiento que en esa idea había puesto todas sus complacencias. Porque cuando los discípulos de Kelsen crean la teoría de la pirámide jurídica, salta con ella a la vista que el deber ser no puede sostenerse en sus límites sin apoyarse en un ser último, que es el de la eficacia o vigencia efectiva de la norma fundamental. Es verdad que Kelsen sólo pretendía hacer con su teoría pura una descripción de la ciencia jurídica (al modo de la teoría general de las ciencias), y no propiamente una filosofía del Derecho. Pero al concebir todo pensamiento jusfilosófico propiamente dicho como solamente enmarcable en los cuadros de una «ideología» subjetiva, llevó a muchos de sus discípulos a medias, a avanzar la investigación, asumiendo dentro de una filosofía de mayores ambiciones, la propia teoría del maestro vienés, en la que muchos han encontrado un callejón sin salida. Porque, o se funda la validez en la vigencia y se rompe entonces el hermetismo del mundo del deber ser, o se deja que la validez se valga de sí misma, y en tal caso aparece un regreso al infinito como el que advertíamos antes en el concepto de verdad como *adaequatio*.

Es visible la preocupación kelseniana por este salto desde el vacío que implicaría su doctrina original, y de ahí parecen arrancar todas sus inquietudes en torno al Derecho natural, en el que no puede ver la norma precedente que dé validez al positivo, pero en el cual muchos sí advierten semejante virtualidad, creyendo que de esta gui-

(2) Hago alusión a la anécdota que hace poco refería RECASÉNS SICHES: Preguntado HEIDEGGER sobre su concepto acerca de la *Ética* de HARTMANN, diz que respondió: «Ach!, das ist keine Ethick. Es ist eine Astronomie der Werte.»

sa salvan el conceptualismo formal del maestro austriaco, manteniéndolo todavía en el campo del deber ser. Kelsen rechaza el Derecho natural, pese a su forma de deber ser (que es la única que de él conoce) (3), para colocarlo definitivamente entre las «ideologías», al par que algunos de sus discípulos desprevenidos, echando por la borda el positivismo del maestro, se quedan con lo normativo de tal Derecho para evitar así la caída en el ser que implicaría una validez fundada en la eficacia (4).

(3) Cfr. *La idea del derecho natural* (y «otros ensayos»), passim, esp., p. 22 y ss., p. 257, IX (Ed. Losada, Buenos Aires, 1946). En este libro KELSEN alude de paso al concepto de lo justo como lo que posee una interior necesidad, para algunos defensores del derecho natural; pero sin razón refiere esta necesidad a la de las leyes de la naturaleza (Ob. cit., p. 25 y ss.). Pero la necesidad de coherencia, de que hablaremos en seguida, no es necesidad causal, sino teleológica. (Ver R. RUYER: *Neo-Linalisme*, págs. 8 y ss., 123 y ss., 242 y ss., ed. «Presses Univers», París, 1952.)

(4) G. RADBRUCH, sin ser afín a KELSEN, deja ver muy claramente que el derecho positivo no es un imperativo, sino una *norma*, un *juicio del deber ser*, sólo porque está fundado en la moral: «Únicamente la moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. De los preceptos jurídicos considerados como imperativos, como manifestaciones de voluntad, puede derivarse, como antes se indicó, un cumplimiento necesario («müssen»), pero jamás un deber ser. Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia conciencia, de la fuerza moral de obligar». (*Fil. del Der.*, p. 61, Madrid, 1952, Ed. Rev. Deho. Priv.) En el curso de este trabajo aludiremos ampliamente a este tipo de conceptos.

Pero también el propio KELSEN, al aceptar últimamente que las normas jurídicas son «mandatos», no obstante sus reticencias a reconocerlos como tales, porque habría que atribuirlos a una voluntad no psicológica, apunta, sin embargo, como la mayor objeción a la teoría del imperativo, el que éste pueda obligar: «La comparación entre el «deber ser» de una norma y un mandato sólo se justifica en un sentido muy limitado. De acuerdo con AUSTIN, lo que convierte a una ley en «mandato» es su fuerza obligatoria. Es decir, cuando llamamos ley a un mandato expresamos únicamente el hecho de que constituye una «norma». No hay diferencia, en este sentido, entre una ley expedida por un parlamento, un contrato celebrado por dos partes o un testamento hecho por un individuo. El contrato es también obligatorio, es decir, es una norma que liga a las partes contratantes. El testamento es igualmente obligatorio. Es una norma que obliga al ejecutor testamentario y a los herederos. Es dudoso que un testamento pueda, incluso por analogía, ser descrito como «mandato»; y resulta absolutamente imposible describirlo como contrato. En el último supuesto un mismo individuo sería el autor del mandato y encontraríase ligado por él. Ello es imposible, pues nadie puede, hablando propiamente, mandarse a sí mismo. Sí es, en cambio, posible que una norma sea creada por los mismos individuos que están sujetos a ella. En

Conocidas son las diversas objeciones críticas que la teoría de los valores merece de muchos filósofos actuales, especialmente de los adscritos a la filosofía escolástica y a la corriente existencialista. Pero de otro lado, en Heidegger, el pensamiento a este respecto tiene la particularidad de mantener una alta conexión con el resto de sus posiciones, y principalmente con la tesis central de su obra acerca de la forma de acceso al ser del ente. Al superar el dualismo sujeto-objeto, todavía tan caro para Hartmann, Heidegger muestra que el *Dasein*, el ser que cada uno de nosotros somos, es un ser abierto al mundo, y con el mundo, a los valores, si es que todavía pueden llamarse así esas cualidades estimables de los entes. Por esto puede escribir el autor de *Ser y tiempo* que «todo valorar es —aun allí donde valora positivamente— una subjetivación.» («Carta sobre el humanismo», Revista *Realidad*, núm. 9, pág. 352, versión de A. Wagner de Reyna, Buenos Aires, 1948.) Con lo cual, la teoría de los valores resulta siendo para el filósofo alemán algo que, a pesar de sus pretensiones, no ha logrado salir de la cárcel de lo subjetivo. Por

---

este punto puede surgir la objeción siguiente: el contrato no liga por sí mismo a las partes; es la ley del Estado la que las obliga a conducirse de acuerdo con el contrato. Sin embargo, algunas veces la ley puede aproximarse mucho al contrato. Es de la esencia de la democracia el que las leyes sean creadas por los mismos individuos que resulten obligados por ellas. Como una identidad del que manda con el mandato resulta incompatible con la naturaleza del mandato, las leyes creadas por la vía democrática no pueden ser reconocidas como mandatos. Si las comparamos a mandatos, tendremos que eliminar por abstracción el hecho de que tales «mandatos» son expedidos por aquellos a quienes se dirigen. Únicamente es posible caracterizar las leyes democráticas como mandatos si se ignora la relación existente entre los individuos que expiden el mandato y aquellos a quienes el mandato se dirige, y sólo se acepta una relación entre los últimos y el mandato considerado como autoridad impersonal y anónima. Es la autoridad de la ley la que manda sobre las personas individuales a quienes la misma se refiere. Esta idea de que la fuerza obligatoria emana no de un ser humano mandante, sino de un «mandato» impersonal y anónimo, está expresada en las famosas palabras *non sub homine, sed sub lege*. Si una relación de superioridad e inferioridad se incluye en el concepto de mandato, entonces las reglas de la ley sólo son mandatos si consideramos al individuo ligado a ellas como destinatario de las mismas. El «mandato» impersonal y anónimo es precisamente la norma». (*Teoría General del Derecho y del Estado*, Imp. Universitaria, México, 1950, págs. 26 y 27.) Si la palabra *obligar* es tomada por Kelsen en el puro sentido lógico formal de lo *que debe ser*, no comprendemos en este caso sus escrúpulos para aceptar que el *imperativo* o mandato también puede obligar. Pero si se toma en sentido axiológico, ya la ruptura de la teoría pura con sus premisas es entonces más visible que al aceptar simplemente que la ley es un mandato.

eso dirá en seguida del lugar ya citado, que «el extravagante afán por demostrar la objetividad de los valores no sabe lo que hace.»

Igual idea expresa el filósofo cuando rechaza la versión de la frase heraclitiana: *ethos anthropo daimon*, como: «su carácter es para el hombre su demonio», para reemplazarla por ésta, a su juicio más acorde con todo el pensamiento del gran presocrático y, sobre todo, más afín a todos los orígenes de la filosofía: «El hombre habita, en cuanto es hombre, en la cercanía del Dios» (loc. cit., página 357). Cualquiera que sea el concepto que a los filólogos merezcan las exégesis heideggerianas sobre el lenguaje clásico de la filosofía, es lo cierto que en mucho de lo que piensa Heidegger hay ya toda una filosofía que resulta altamente emparentada con lo que sabemos del pensamiento griego. Y en el tema ahora esbozado parece que esta interpretación de *ethos* como *estancia, lugar de habitación, morada*, revela que lo ético no es un valor, sino un ser, una nota existencial en el hombre que le permite por ella misma acercarse a Dios o a los dioses.

Más adelante, en la misma *Carta sobre el humanismo*, escribe Heidegger: «Sólo en cuanto al hombre, ec-sistente en la verdad del ser, pertenece a éste, puede venir del propio ser la indicación de aquellos avisos que han de ser *ley* y *regla* para los hombres.» Palabras éstas en las cuales se expresa de un modo inequívoco cómo la ley, la norma, la regla, son algo posterior al ser mismo que a ellas da el sentido y la razón de su existencia. El mundo del deber ser aparece aquí como algo postrero, como una irradiación del ser y en ningún caso como algo al que el ser deba someterse; antes que esto, el deber ser se funda en el ser, por él tiene realidad y de él depende la dignidad de lo debido. «Indicar es en griego *nemein*», sigue diciendo Heidegger. «El *nomos* no es sólo ley, sino más originariamente la indicación guarecida en la designación del ser. Sólo ésta es capaz de disponer del hombre hacia el ser.» No ley, sino indicación. No una norma, sino una señal; la ley resulta así, no un abstracto y sideral mundo de idealidades con las que hubiese que confrontar a cada instante la realidad, sino una realidad palpitante que mora en el ser mismo, «una destinación del ser». (Ob. y rev. citadas, núm. 9, pág. 363.)

Y en seguida añade el filósofo de Friburgo: «Sólo esta (destinación) es capaz de disponer al hombre hacia el ser. Únicamente este acatamiento es capaz de sostener y ligar. De otro modo, la ley no es sino hechura de la razón humana. Más esencial que cualquier es-

tablecer reglas es que el hombre encuentre el camino de la estancia en la verdad del ser.» (Ob. y rev. cit., núm. 9, pág. 363). Con estos y otros lugares del mismo maestro alemán podríamos aducir su inicial y consecuente aversión a todo el mundo del normativismo: «Estancia», «morada», «habitáculo» son voces que ya de por sí designan una voluntad de ser frente a toda norma lejana y extraña.

Y desde el propio ángulo de su interpretación coincide con estas ideas Werner Jaegger cuando escribe: «Cuando traducimos la palabra griega *polis* por el término moderno «Estado», que se remonta al concepto romano tardío de *status*, conviene recordar que la *polis* griega no implica un orden impuesto mecánicamente por la autoridad estatal en el sentido moderno. La ley en que descansaba no era un simple decreto, sino el *nomos*, que originariamente significaba el conjunto de lo que todos respetaban como costumbre viviente acerca de lo que es justo o injusto.» (*Alabanza de la ley*, pág. 48, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953.) «Lo que todos respetaban»: no ciertamente lo que todos *debían respetar*, sino lo que de hecho era respetado «como costumbre viviente» acerca de lo justo y de lo injusto.

Pero si vamos más atrás, ya iguales concepciones venían esbozándose en los historiadores alemanes de la filosofía griega, pues en una nota puesta por P. L. Landsberg a su libro sobre *La Academia platónica*, se expresa así: «Traduzco la palabra *dikaiosyne* por justeza. Acierta esta voz mejor que la palabra justicia, pues tiene, ante todo, un sentido de «conformidad a lo que es». Nuestra distinción abstracta entre «ley del ser» y «ley del deber» es completamente extraña a los griegos. Puede mostrarse que *diké* no es en realidad otra cosa que la ley cósmica, la *moira* (destino), en cuanto henchida de sentido. Cuando se habla de *dikaiosyne tes poleos y anthropu* (justeza de la ciudad y del hombre), no hay duda que se refiere a la «conformidad del ser». (Así, también en la Edad Media se usaba muchas veces la voz *justicia*.) Sería necesario hacer correcciones semejantes a la traducción de muchas palabras usadas por los griegos en la ética» (pág. 184, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1926).

Es a la luz de tales direcciones como puede ahora replantearse el problema del Derecho natural. Por una explicable desviación de los conceptos se ha venido en creer que el Derecho natural es una especie de código no escrito, pero código al fin, que mantuviera en una perfecta ilación conceptual una serie de normas para la conducta humana. Pero se olvida que la especulación sobre la justicia, a la

que muy tardíamente dió en llamarse «derecho natural», no tuvo nada de este cariz, y que en ella se investigaba principalmente qué es lo que es justo por naturaleza, de igual manera a como se afrontaba el tema de lo que es bueno o malo, según la naturaleza de las cosas.

Y como se ha visto, lo que es justo por naturaleza no es, *prima facie*, algo que concuerde con una norma preestablecida, sino algo intrínseco a lo naturalmente justo. Hay cosas o, mejor, acciones de por sí justas, mientras que otras son intrínsecamente injustas. Su justeza o injusteza no les nace de la adecuación a una norma ya dada, sino de su conformidad con la esencia de un ser.

Mas al llegar a este punto de la esencia del ser y (para el caso especial de la justicia), de la esencia del ser del hombre —pues es a éste a quien la justicia se refiere— hay que recordar la neutralización del concepto de naturaleza que tiene sus orígenes en el Renacimiento. La introducción de las matemáticas en la fijación de la esencia de las cosas, tuvo buena parte en esta neutralización. Por medio de las matemáticas, como es bien sabido, se despojó al ser natural de su carácter teleológico y se le insertó en el puro reino de la causalidad eficiente. Esta matematización de la naturaleza era, obviamente, una cuantificación. El hombre resultaba siendo así solamente un número de átomos distribuidos en determinada proporción, mecánicamente establecida. La totalidad se asimilaba así a la simple suma. Sobra decir que para una consideración de este tipo, hablar de bondad natural del ser era tanto como introducir de nuevo en lo cuantitativo un elemento de estimación, una «valoración» (si este fuera lenguaje propio de entonces) rechazable por las mismas razones con que se repudió toda teleología.

De otro lado, el concepto de ser, ya al iniciarse la Edad Moderna, se hace unívoco, contra la analogía que como propia de él defendían todos los filósofos de la época precedente. Y la univocidad del concepto de ser es, por así decirlo, la idea fundante de la concepción mecanicista de la naturaleza.

Todo esto que es, por lo demás, bien conocido de todo estudioso de la historia de la filosofía, hizo también posible que surgiera, con caracteres excesivamente optimistas, una idea del Derecho natural en los filósofos del racionalismo protestante, emancipados a medias de la fe en Dios, con la cual conservaban, sin embargo, ciertas equívocas vinculaciones. En efecto, mientras la idea católica mantenía en sus estrictos linderos el alcance del pecado original y de la justifi-



cación por la gracia, Lutero, miró toda la naturaleza humana caída como lo malo en sí, como lo directamente condenable. Para el catolicismo romano, el hombre anterior al pecado se hallaba en un estado preternatural; por el pecado retorna él a la condición de ser natural, respecto del cual caben todas las consideraciones propias de una filosofía antropológica, como especulación distinta de la propiamente teológica en relación con el hombre.

De ahí que el concepto de ley eterna pueda ser mirado de dos maneras: una, si se la considera desde el punto de vista filosófico, que no es otra que la de la misma esencia de los seres, creaturas de Dios, en quienes el Hacedor ha puesto todo lo que han menester para que sean, y otra, por el aspecto teológico, en que resalta el sentido de norma eternamente dictada, a la cual han de acomodarse las actividades de los seres libres. Sólo con la última se queda el pensamiento protestante de tipo racionalista, mientras del lado católico los dos conceptos de la ley eterna son, cada uno en su campo, igualmente vigentes (5).

---

(5) T. LITT, decidido normativista y axiólogo, observó, con razón, cómo el propio GROCIO, en forma inconsciente, superpone al concepto renacentista de lo *natural al hombre* como fundamento de la validez universal del derecho, la idea misma objetiva de esta validez en forma de norma. A juicio de LITT, esta posición de GROCIO renovaba, aunque en forma distinta de la usual a la Edad Media, «el dualismo entre el hombre, tal como es, y la idea, tras la que tiene que enganchar su vida». Para LITT, el Renacimiento, «al recoger... las posibilidades y exigencias morales de un mundo superior y trascendente y traerlas e incorporarlas al mundo (natural)», hizo perder a la moral todo carácter de imperativo, de mandamiento que en el alma medieval le prestaba aquel escalonamiento de mundo y trasmundo». GROCIO lo recupera, como se ha dicho, pero en forma distinta. Y citamos a GROCIO, en quien el voluntarismo luterano tuvo relativamente poco que hacer. (Ver LITT: *La ética moderna*, p. 33, Rev. de Occ., Madrid, 1932.)

Pero por el lado católico, este mismo tema de discusión, con matiz propio, se resolvía de distinta manera entre la escuela tomista y el post-renacentista FRANCISCO SUÁREZ: «La reacción católica extrema contra este voluntarismo de la ley divina es representada por los grandes filósofos y teólogos jesuítas VÁZQUEZ y SUÁREZ. (lo cual, dicho sea entre paréntesis, debe ponernos en guardia frente a quienes, simplificando un complicado problema, hablan ligeramente del «voluntarismo» de SUÁREZ). Recuérdese que frente a la escuela tomista que pone la regla de la moralidad en la ley, para SUÁREZ el constitutivo formal de la bondad moral objetiva es la naturaleza racional, no el cuanto tal, ciertamente, pero sí en cuanto «razón natural»: «In natura rationali duo distinguit (secunda sententia), unum est ipsa natura, quatenus est veluti fundamentum convenientiae, vel disconvenientiae, actionum humanarum ad ipsam; aliud est vis quaedam illius naturae, quam habet ad discernendum inter operationes convenientes et disconvenientes illi na-

Esto conduce a las dos formas de derecho natural tan desigualmente establecidas por el racionalismo y por el pensamiento clásico, principalmente el católico medieval. Para el primero, el Derecho natu-

turae, quam rationem naturalem appellamus.» (*De legibus*, pág. 102 del tomo V de la ed. Vives.) Si el dictamen de la razón se toma no *formaliter*, sino *radicaliter*, debe decirse que el bien honesto es lo conforme a esta razón natural (*Disp. Met.*, 10, pág. 339 del tomo XXV). La ley es posterior a la moralidad natural: «*Dei voluntas... non est tota ratio bonitatis et malitiae... sed supponit in ipsis actibus necessariam quamdam honestatem vel turpitudinem, et illis adiungit specialem legis divinae obligationem*» (Tomo V, 108). Es, pues, la falibilidad de una capacidad moral plena, la que necesita de la ley: «*Quia homo est morale agens et non habet voluntatem indefectibilem a bono, indiget lege superioris inclinantis in bonum, et avertentis a malo*» (Tomo IV, 282). Sobre esto véase el artículo del P. RAMÓN CEÑAL, S. J.: «Los fundamentos metafísicos de la moral, según Suárez» (*Revista de Filosofía*, tomo VII, núm. 27), que sigo en este brevísimo resumen. La posición de SUÁREZ —y quizá más todavía la de VÁZQUEZ— es diametralmente opuesta al voluntarismo de OCCAM y LUTERO. (J. LUIS ARANGUREN: *El Protestantismo y la moral*, Madrid, 1954, pág. 133, nota.)

Por su parte, Enrique GÓMEZ ARBOLEYA, en la nota preliminar a *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, de H. ROMMEN, escribe: «Toda ley siempre presupone una dialéctica de la libertad. Por eso la ley eterna no sólo empieza en una potestad libre, sino remata en una libre obediencia. Lo mismo que toda verdad connota una inteligencia y toda bondad una actividad, toda ley connota un círculo de libertad. De ese modo, la ley del mundo no será tal en un sentido riguroso, sino sólo lata y metafóricamente, aplicada a los seres que obran con una escueta necesidad óntica. La actividad normativa de ella sólo empezará propiamente respecto a aquel ser que es posibilidad en un sentido más riguroso que todos los demás, que es un caminar que tiene que hacer su camino y oír como norma lo que en los otros sectores del cosmos es realidad necesaria; esto es, respecto al hombre. Colocado este ser en una especie de horizonte entre la naturaleza y el espíritu, su existir es vocación, escuchar la voz de Dios que impresa está en el mundo y vivir como regla obligante lo que en éste es desarrollo inexorable. El destino óntico se convierte en destino ontológico. Lo que estaba patente en el conjunto se hace problema. Del orden como dato se llega al orden como tarea. Pero era preciso que ambos tuvieran enlace. Por eso el orden querido por Dios para todo el cosmos tiene un especial sentido de legislación universal que se hace propiamente norma cuando adviene y confluye hacia la conducta humana. Lo que estaba implícito se explicita. Pero no es distinto, sino hay un ejemplar unidad. La misma voluntad que mande en el mundo que el bien de cada ser se realice, que lo inferior se subordine a lo superior, que la materia sirva al espíritu, manda al hombre. Pero el esquema metafísico del mundo, en que se enlazaba íntimamente la norma y el camino del ente, el deber ser y el ser, cobra de pronto un interés dramático cuando hay entre estos dos factores el hueco o tensión que introduce la libertad. Entonces la voluntad de Dios se vierte como norma, la ley eterna cobra su sentido específico, pero ya en vestidura y ropaje de otras leyes, pareciendo como si su papel propio sea sólo adver-

ral seguirá siendo una emanación de la ley eterna, como norma divina conocida por la revelación o por la simple razón especulativa. Para la filosofía católica, el Derecho natural se opone justamente al Derecho divino positivo, en cuanto aquél surge de la consideración teológica del hombre y de la esencia que le es propia. El Derecho natural racionalista es, antes que todo, una ley objetiva, un derecho objetivo; el Derecho natural de la vertiente católica es, fundamental y radicalmente, una facultad, un derecho subjetivo (6).

El pensamiento católico concibe al hombre como un ser moral y religioso, con un destino trascendente, aun si se le mira desde el ángulo de su naturaleza, con prescindencia de su elevación por la gracia. En la mentalidad protestante, por más racionalista que aparezca, late en el fondo el dogma revelado de la condenación por el pecado original y la sola exaltación por la gracia divina. Por tanto, para éste la especulación racional sobre el derecho recae siempre sobre la investigación de normas venidas de un más allá, y no descubiertas en la naturaleza de las cosas. Las cosas todas están condenadas, y con ellas el hombre; son seres caídos, y, por tanto, ineptos para otorgar por sí una consideración eficiente a establecer lo que en ellos es bueno y es recto.

También es Kant quien en este punto da un paso decisivo al soltar el equívoco que venía manteniendo el pensamiento racionalista. Su investigación de la naturaleza desencanta ésta definitivamente, hace de ella un algo adiafórico, plenamente ajeno a toda estimación moral. Y da para el deber ser, frente al ser natural, todo un mundo de la interioridad puramente volitiva. El deber ya no rige las cosas, sino las intenciones; no los fenómenos de que se ocupa el físico, sino la voluntad que permanece en clausura ante el puro saber racional. Pero, por aparentemente extrañas desviaciones dialécticas, la definición kantiana del Derecho recupera ahora un sentido de realidad que había perdido con la investigación del racionalismo protestan-

---

tir dentro del hombre su esencial unidad con el cosmos y, por tanto, su dependencia de Dios.» (Pág. XXXIX y XL, ed. Madrid, 1951.) Y sigue el mencionado profesor español puntualizando los extremos de la polémica entre SUÁREZ y VÁZQUEZ, y luego frente a los voluntaristas como GABRIEL BIEL y GREGORIO DE RÍMINI.

(6) En este sentido escribe muy exactamente RADBRUCH: «El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el de los deberes.» (*Fil. del Der.*, ed. cit., p. 63.)

e: «Conjunto de condiciones según las cuales la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad de los demás».

No es necesario aceptar este enunciado, pero sí resulta forzoso reconocer en él el carácter existencial que asigna al Derecho, frente a todo normativismo. Porque las condiciones de libertad no son algo que deba existir para que haya derecho, sino que efectivamente existen allí donde el derecho se encuentra. Y la libertad exige el derecho, o, lo que es igual, las condiciones para que ella pueda ejercitarse.

Porque es en la existencia de la libertad como resulta admisible la idea de un derecho que no sea igual a una técnica de la fuerza. Pero no ya sólo la idea de un derecho objetivo, sino la del derecho subjetivo en que aquél halla su fundamento.

La idea del derecho se presenta ante todo como idéntica al concepto de facultad. Pero a su turno la idea de facultad conlleva la pertenencia. *Meum juris* es casi así, una expresión tautológica, pues lo mío sólo puede ser mío de derecho, y lo que es de derecho es también mío. Los griegos vinculaban muy perentoriamente la noción de esencia, de *ousía*, de aquello en que algo consiste, con el concepto de peculio, de propiedad, porque a todas luces nada es tan propio y sustancial a uno como su propio ser (7).

Pero si el hombre es ser de libertad, la pertenencia en torno suyo es mucho más vasta que todas las pertenencias a que pueden aspirar los demás seres, limitados en su esencia a esto, a lo otro o a lo de

---

(7) Así escribe J. D. GARCÍA BACCA: «Según la ontología clásica, todo ser—Dios inclusive— se integra o compone de *esencia* y *existencia*, realmente distintas o distintas nada más con distinción de razón. O bien como decía ARISTÓTELES en frase sibilina: la sustancia de un ser consiste en «*ser lo que era*», «*to ti en einai*».—Cfr. *Metafísicos*, 983 a 27 et alibi. Cuando una cosa es en cada momento lo que en el anterior era, resulta automáticamente permanente, fija, y esta permanencia constituye su sustancia (*ousía*), su posesión o peculio, que esto significa en griego *ousía* originariamente. (*Nueve grandes filósofos contemporáneos*, tomo II, pág. 175. Imp. Nal., Caracas, 1947.) Y HEIDEGGER muestra que *ousía*, o mejor *parousía*, por falta de reflexión se ha traducido por «sustancia», con lo cual el vocablo pierde todo su sentido. «En alemán tenemos la expresión adecuada de *parousía* en el vocablo An-wesen: estar ante. Designamos de este modo al cortijo o propiedad en sí cerrados. Todavía en los tiempos de ARISTÓTELES *ousia* se empleaba, al mismo tiempo, en este sentido y con el significado filosófico fundamental de la palabra. Algo está-ante. Se sostiene en sí y se presenta así. Es. Para los griegos, «ser» significa en realidad el estado de presencia (*Anwesenheit*) (Introducción a la *Metafísica*, p. 95. Vers. de E. ESTIU, Ed. Nova, Buenos Aires, 1956).

más allá. Al ser de la piedra le pertenece lo que ha menester para ser piedra, igual que al ser de la planta o al del animal. Pero al ser que tiene en sus haberes la posibilidad de elección, el mundo de lo que le pertenece es tan ilimitado como el de su capacidad de elegir.

Pero si el hombre es ser de libertad, no es, con todo, sólo libertad. Carecería de sentido una libertad que partiera de la nada, y desde la nada hiciera el ser o la existencia, como supone Sartre. Hay una realidad anterior a la libertad, incompleta ella y como apenas esbozada, para la perfección de la cual la libertad tiene su sentido y su razón de existir. Sobre los brazos mutilados de la Venus de Milo ha ideado la libre fantasía del artista moderno mil formas diversas en que esos muñones podían concluir. De igual suerte es la libertad humana: se ha dado para completar un proyecto que ya en raíz somos nosotros mismos. Pero el arco de circunferencia, por ejemplo, no es un proyecto, pues *a priori* se da una única manera de concluirlo; y es porque todo «proyectar» alude a un «pre» que es una base de posibilidades divergentes, pero también a estas mismas posibilidades a que el *pre-yectar* se *pro-yecta*.

Y nada es más exacto que la idea de que el hombre es un proyecto (8). Ninguna institución humana, ninguna realidad cultural al hombre relativa tiene adecuado sentido si no se parte de la realidad existencial de nuestra propia insuficiencia, de nuestras apetencias hacia un estadio de posibilidades. El hombre primitivo, aun enmarcado dentro del estrecho círculo de su desarrollo tribal, nace y crece y asume en las distintas etapas de su vida todas las adquisiciones para las cuales lo tiene destinado el angosto círculo de su clan cultural. Es un viejo tópico cómo el hombre nace para aprender, mientras los animales que lo rodean nacen ya aprendidos.

Y tornando al ejemplo antes aducido, el de los distintos proyectos para completar los brazos mutilados de la Venus helénica, vemos que si muchos de ellos consultan una ley de coherencia con los muñones iniciados, otros romperían con éstos toda ley de armonía. Y si para idear la conclusión de las nobles extremidades cualquier artista es en sí libre, la libertad que posee está, con todo, limitada por los esbozos que ya le dejara la estatua en ruinas. De igual estirpe es la libertad humana para lo que cada uno de nosotros somos. Hay una coherencia exigida inicialmente, en nuestra raíz humana natural, que

---

(8) Con desiguales bases y distintos desarrollos, es esta la idea común que vincula a ORTEGA Y GASSET con HEIDEGGER, y a SARTRE con aquellos dos primeros.

es la que constituye lo nuestro de derecho, al par que hay otra línea que podemos seguir, pero que al punto resulta incoherente con nuestra realidad fundamental. La justicia es así, como la veían los griegos, la justeza, lo que se ajusta en nuestras acciones, a lo que nosotros somos; la justicia es también así lo que nos pertenece en virtud de esa ley de coherencia. Por esto lo justo es, fundamentalmente, una relación de pertenencia (9), una armonía de algo con nosotros mismos: un proyecto de nuestra libertad. Es en este sentido cómo tienen razón de ser expresiones como aquella de «lo mío en justicia», «lo mío en derecho», en las cuales, por cierto, se alude con ineludible intención a algo anterior a toda norma positiva que me lo otorgase (10).

Desde que se da el hombre como proyecto, ha de darse la libertad para su realización. Y tan pronto se da la libertad se da el derecho para llevar a cabo aquello en que el proyecto ha consistido. Y aquí sí tiene sentido igualmente el concepto de valor. No es el valor algo que se ha de situar en una esfera superior y anterior al hombre como naturaleza, en un *topos hiperuranios* que nada hubiera de contar con las cosas humanas, colocado allí, para que éstas lo alcancen en una hazaña de negarse y superarse a sí mismas. El valor cobra

(9) Conservamos esta expresión que ya usábamos desde hace veinte años en *Ensayo de una filosofía del derecho* (Medellín, 1937), para denotar la continuidad de un pensamiento. Y para mostrar su vinculación con el pensamiento clásico, permítasenos transcribir lo que a este propósito escribía el filósofo J. GRANNERIS, al hacer una recensión de este libro: «Forsan auctor proximior erat solutioni hujus dualismi in primis paginis sui operis, quando scripserat *ius stricto sensu esse systema officiorum justitiae* (pág. 48) et *justitiam*, in sua prima significatione, esse *relationem pertinentiae* in qua alter terminus est persona, alter vero est medium quo persona indiget et utitur ad assequendos fines sibi propositos (pág. 50). Putamus super hac basi, vel incedendo hac via, possibile esse invenire elementum capax regendi et complectendi facultatem et legem; ipsum scilicet officium justitiae, consideratum non quidem in passivo subjecto obligationis sed in re ipsa quae debetur, seu in objectiva ordinatione rei ad personam. Haec, ni fallimur, est via qua incessarat S. Thomas, docendo *ius esse ipsam res justam*, et ex hac ascendendo ad legem quasi ad formam vel ad mensuram juris, ac, raro quidem, ad facultatem quasi ad juris consequentiam.» (Rev. *Apollinaris*, Anus XI, 1938, núm. 4, p. 592-93, Roma.)

(10) En realidad la idea de alteridad que con tanta brillantez y persistencia ha buscado DEL VECCHIO en el concepto de justicia, y a la cual ha otorgado tan extrema fecundidad, es, a mi juicio, fundada en el posesivo «mío» que conlleva la justicia misma, ya que tan pronto se mienta algo como «mío» se alude sin vacilaciones a un otro para quien ese «mío» es, justamente, un «impedimento». (Ver GIORGIO DEL VECCHIO: *La Justicia*, nueva versión al esp. de Fco. P. LAPLAZA, passim, esp., p. 137 y ss., B. Aires, 1952.)

verdaderamente su sentido ante la libertad del hombre. Valores son las posibilidades de realización que el hombre tiene ante el esbozo de naturaleza que él mismo es. El valor toma su realidad del esbozo, y es valor sólo para el proyecto; desligado del proyecto, el valor no es nada; pero si contradice al proyecto, si viola la coherencia que él mismo impone, ya no es simplemente nada, sino una realidad malograda, un antivalor. Lo malogrado no es ya la nada, sino lo que, logrado, se ha logrado mal, incoherentemente con la realidad inicial que le «indicaba» una realidad distinta (para recordar a Heidegger que ve la ley, como lo que indica, lo que señala la verdad misma del ser).

Y así como el valor no es nada supra-entitativo, objetividad estelar para la cual el hombre no existe, y con muda rudeza le exige, sin embargo, que se guíe por él, la ley, el derecho objetivo tampoco es otra cosa que la normación o constitución en norma de lo que sólo es una indicación de coherencia, de justeza, de adecuación. Cuando la filosofía perdió el concepto de justicia como el de una realidad de coherencia exigida por una realidad apenas iniciada, se quedó cómodamente con el derecho positivo, pues la realidad del Estado fué siempre tan poderosa (y lo era más aún en las ciudades griegas y latinas que en la Edad Media, por ejemplo) (11), que hizo que este derecho como norma, como objetividad, reemplazara cómodamente las viejas nociones de lo que es justo en sí, de lo que es justo viviente. Y esto ocurre ya en muchas de las obras todavía clásicas del pensamiento griego, tal, *verbi gratia*, en Aristóteles, por lo cual es a veces difícil discernir lo que en ellas es lo justo como vida de lo que es justo en la ley del Estado (12). Y cuando, para limitar los abusos

(11) Cfr. J. ORTEGA Y GASSET: *Sobre el Imperio Romano*.

(12) «Se ve que ARISTÓTELES toma como punto de partida el pensamiento de un orden objetivo, basado en la naturaleza de las cosas, del cual se deduce la idea de lo «recto». Pero el Estagirita no llegó a conocer este orden mismo en su esencia, en cuanto que esta esencia es querida por Dios, ni siquiera en cuanto que tiene un fin determinado, un τέλος. La justicia es en la mente de ARISTÓTELES más bien formal. Tenía que serlo por otra razón aún. ARISTÓTELES no percibió con toda claridad el concepto de la persona ni, por consiguiente, la idea de derechos naturales subjetivos, de la relación teleológica de cosas y servicios a la persona. Por eso sólo conoció una moralidad estatal de índole universal, puesto que suponía que la virtud sólo podía conseguirla el individuo en el Estado; el Estado, y sólo el Estado, podía hacer virtuoso al ciudadano.» (H. ROMMEN, op. cit., p. 95.) Ver, sin embargo, en W. JÄGGER, las transformaciones del pen-

del derecho positivo buscan un criterio de valor, no hallan muchas veces otro que el de un derecho natural, tan objetivo como el primero, que antes que derecho subjetivo, como facultad, es también ley impuesta desde lo alto, desde una instancia superior al Estado, sea ella la naturaleza, sea ya un mandato de la divinidad. Esta es acaso la explicación de por qué sea también tarea laboriosa coordinar la doctrina aristotélica sobre el derecho justo, lo que engendró más tarde el equívoco de un derecho natural como una norma a la cual ha de someterse el jurista positivo, igual a la ley misma que el Estado le otorga.

## II

Ante esta idea de lo que es natural en el derecho, o, en otras palabras, de lo que es en sí justo, ¿cómo entender entonces lo que es el derecho positivo? ¿Qué es un derecho vigente? ¿Qué es un derecho válido?

En un sentido lato, bien podría decirse que es derecho positivo toda conceptualización de lo que es justo en sí. Porque toda realidad o, para hablar más ampliamente, toda objetividad, puede ser objeto de un pensamiento, y la forma de pensar lo justo es lo que se denomina derecho positivo. En este latísimo concepto de derecho positivo podremos afirmar que todas las especulaciones de los hombres sobre lo que es lo justo en cada caso, es derecho positivo. La positividad resulta así igual a la captación por el pensamiento de la realidad que es el derecho o lo justo. Y está bien que se le llame derecho positivo a esa conceptualización, como de parecida manera se llama «física» al tratado en que se expresan las realidades físicas, y, en general, a toda ciencia sobre lo físico.

Pero en este amplísimo sentido, positividad suele ser también igual a vigencia. Y hay una conceptualización sobre lo físico que es positiva, es decir, que tiene una actual vigencia, mientras muchas otras han dejado de ser positivas, han perdido su vigencia. El pensamiento de Aristóteles sobre la mayoría de las realidades físicas carece hoy de vigencia, y la física newtoniana, hasta ahora vigente, va perdiendo su positividad ante la irrupción de imágenes del universo a las cuales

---

samiento político de ARISTÓTELES, paralela a la transformación de la ética, desde *El Protreptico* juvenil hasta la *Ética a Nicómaco*, obra de senectud. (Aristóteles, versión esp., p. 301 y ss., ed. México, 1946.)



se les da hoy una más amplia acogida. Al conjunto de conceptualizaciones vigentes en un determinado estadio de la cultura sobre una determinada realidad, se le llama también, no sin cierta razón, «ciencia oficial»: la ciencia imperante, la ciencia que todo el mundo acoge.

Y el derecho positivo no nació en otra forma. En la medida en que el egoísmo de los hombres fué desconociendo lo justo natural o el derecho ajeno, fué menester fijar en conceptos, a fin de otorgarles cierta validez general, las formas en que esas relaciones de justicia tenían existencia. En este sentido vió muy bien Walter Rathenau cómo las normas de un determinado Estado, principalmente las normas de carácter penal, señalan muy a las claras cuál es el tipo de delitos o de infracciones a la justicia que es allí más frecuente, y, en general, cuál es la índole del pueblo en que ese derecho es vigente. La evolución del derecho en el mundo antiguo va indicándonos muy seguramente el tránsito de lo que simplemente se vive a lo que luego se conceptualiza: de lo físico vivido a «la física», de lo ético a «la ética», de lo justo al «derecho positivo» (13).

Pero en el campo mismo de la ciencia llega un momento en que la conceptualización ya establecida se impone con cierto carácter coercitivo. ¿Quién no ha sentido esa tiranía de la «ciencia fijada» como

---

(13) «La «Ética» aparece por vez primera, con la «Lógica» y la «Física», en la escuela de PLATÓN. Esta disciplina nace en una época que convierte el pensar en «Filosofía», la Filosofía en ἐπιστήμη (ciencia), y la ciencia misma es cosa de escuela y función escolar. Al atravesar por la Filosofía así entendida nace la ciencia y se esfuma el pensar. Los pensadores anteriores a esa época no conocen ni una «Lógica», ni una «Ética», ni una «Física». Sin embargo no es su pensar ni ilógico ni inmoral. La «Physis», empero, la pensaron con una profundidad y amplitud que toda «Física» posterior no logró jamás alcanzar. Las tragedias de SÓFOCLES —caso de que tal comparación sea lícita— encierran el ἦθος más originariamente en su decir que las prelecciones de *Aristóteles* sobre «Ética». Un dicho de HERÁCLITO, que sólo se compone de tres palabras, dice algo tan simple que de él aparece en forma inmediata la esencia del «Ethos». (HEIDEGGER, *Carta sobre el humanismo*, Revista *Realidad*, núm. 9, pág. 357.)

RADBRUCH enseña cómo la «legalidad» que KANT asigna al Derecho frente a la Moral, es «común a todos los valores que no tienen por objeto el individuo y sus motivaciones, como los valores lógicos y estéticos», en que su adecuada o inadecuada realización nada tiene que ver con la intención. Y de allí, añade: «De esta consideración se desprende que las normas jurídicas en su forma originaria más tenían el carácter de medidas para la vida humana en común que de mandatos dirigidos a los individuos; que de acuerdo con su carácter primario se componen de «normas de valoración» y no de «normas determinadoras». (*Filosofía del Derecho*, pág. 58, Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1952.)

un dogma, y ante el cual todo pensamiento que le sea extraño es tomado como las alucinaciones de un loco? Es muy verosímil que en la misma física nuclear, que apenas ahora da sus primeros pasos, existan ya los científicos dogmáticos que imponen sus pensamientos a la vivaz inteligencia de generaciones nuevas que quisieran ver direcciones distintas a las establecidas.

Y si esto ocurre en el saber puro que es la ciencia, con mayor razón tendrá ello que acontecer en un campo eminentemente práctico como es el derecho. Santo Tomás ha visto con razón que mientras las demás virtudes morales dicen relación a las pasiones, la virtud de la justicia se encamina principalmente a la acción. La conceptualización de lo justo presentada en principio en forma de proposición enunciativa se convierte a poco en proposición imperativa. Y es entonces cuando el concepto de positividad adquiere una significación estricta.

De todos es conocida la división de los pensamientos en pensamientos enunciativos, imperativos, optativos, interrogativos, dubitativos, etc. La lógica tradicional se ha referido siempre a los primeros, es decir, a los pensamientos enunciativos. Y se ha expresado que éstos hacen parte de pensamientos del ser, frente a otros que formarían pensamientos del deber ser, o *normas*. Pero Husserl mostró un día cómo todo pensamiento de deber ser puede convertirse en pensamiento de ser, pues lleva siempre implícito un predicado de valor. Así, dice el filósofo alemán, ante el pensamiento: «El guerrero debe ser valiente», podemos colocar el pensamiento enunciativo que diría «Un guerrero valiente es un buen guerrero», el cual expresa exactamente lo mismo que el primero. De esto sólo concluiríamos que una lógica del deber ser funciona dentro de las mismas leyes que la llamada lógica del ser o de los pensamientos enunciativos (14).

Pongamos a continuación otros tres ejemplos de pensamientos interrogativos, optativos e imperativos: «¿Cómo se llama ese hombre?»; «Que venga Pedro», y «¡Pedro, ven acá!». Obviamente los tres pensamientos, tan distintos, pueden convertirse en pensamientos

---

(14.) Cf. E. HUSSERL: *Investigaciones lógicas*, tomo I, págs. 48 y sigs., y tomo IV, 137 y sigs., ed. esp., vers. de MORENTE Y GAOS, Madrid, 1929. Ver también A. GIOJA: «Estructura lógica de la norma para E. Husserl» (en *Revista Ideas y Valores*, tomo I, pág. 245, Bogotá, 1951-1952). Cfr. en contra, pero en sentido peculiar a su teoría, el penetrante análisis de Carlos Cossio en *Teoría de la verdad jurídica*, págs. 93 y sigs., y su ensayo allí citado: *La norma y el imperativo en Husserl* (Ed. Losada, Buenos Aires, 1954).

enunciativos así: «Yo pregunto cómo se llama ese hombre», «Yo deseo la venida de Pedro», «Yo ordeno la venida de Pedro». Pfaender asegura que al lado de la lógica de los pensamientos enunciativos existen otras tantas lógicas distintas para las «interrogaciones», los mandatos y los deseos. Yo me atrevo a pensar que es dudoso que esa lógica exista. Al menos, que sepamos, nadie la ha elaborado hasta ahora en forma sistemática, como ocurre con la de las proposiciones enunciativas (15). Y es sabido, además, que todas las diversas lógicas que hoy se construyen sobre los pensamientos enunciativos, todas, a la larga, pueden ser reducidas a la lógica clásica, esto es, a la que descubrió Aristóteles hace dos mil cuatrocientos años, o poco menos.

El derecho positivo se hace consistir en un sistema de normas, esto es, de proposiciones de deber ser. Pero si este tipo de proposiciones, como recordábamos con Husserl pueden todas reducirse a proposiciones enunciativas de ser, tendríamos que la llamada lógica jurídica, como investigación autónoma e independiente de la lógica clásica, carecería de razón de ser (16). Pero vale discutir si el derecho es, en realidad, un conjunto de normas, o sea de proposiciones de deber ser. Salta a la vista que no es igual decir: «el deudor debe pagar intereses», a expresar: «el deudor que paga intereses es un deudor que se ajusta a la ley», por ejemplo, o a cualquiera otra proposición de tipo de ser, en que la primera, según la tesis husserliana, habría de convertirse.

En realidad, la proposición que está detrás de la formulación jurídica «el deudor debe pagar intereses» es la siguiente: «Pague intereses el deudor», esto es, una verdadera proposición imperativa. Y todas las llamadas normas jurídicas tienen su expresión real en un tipo de proposiciones de esta clase, es decir, de imperativos (17).

---

(15) «Una teoría exhaustiva de las formas del pensamiento debería incluir una clasificación de las estructuras conceptuales y extraproposicionales» (los pensamientos distintos de los enunciativos o juicios, aclaramos). «Pero debido a la novedad que este tema representa para la investigación lógica es imposible llegar por el momento a puntos de vista completos y rigurosamente fundamentales.» (*Lógica*, F. MIRÓ QUEZADA, pág. 45, Lima, 1946.)

(16) Ver LEGAZ LACAMBRA: «El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, Madrid, 1954 (al comentar la *Introducción a la lógica jurídica* de E. GARCÍA MAYNEZ).

(17) En esta corta introducción al tema del imperativismo jurídico, cuya literatura, al decir de SCHREICHER, es «casi inabarcable», no citamos ahora sino

¿Pero no hemos dicho atrás que todas las proposiciones distintas de las enunciativas pueden reducirse a éstas? Esto es verdad; pero con decir esta verdad, no hemos dicho en forma alguna que la reducción que se haga exprese lo mismo que la proposición original. La lógica aristotélica es una lógica que tarde o temprano termina en la verdad o en la falsedad. Es un instrumento de la verdad o de la falsedad. Por eso el reino de la lógica aristotélica es el de la proposición enunciativa. Y es que la proposición de este tipo es la única que en sí tiene una pretensión de verdad o falsedad, como no la posee ninguna otra clase de proposiciones, ni las interrogativas, ni las optativas, las cuales, precisamente por no enunciar, no son ni verdaderas ni falsas.

Pero en principio, la proposición enunciativa puede ser manejada lógicamente, con prescindencia de su verdad o falsedad. Es esta dualidad un supuesto tácito al que se llega al fin, pero que puede eliminarse en un tratamiento deductivo. Por eso en el plano de la deducción podemos hablar más correctamente de validez de las inferencias que de la verdad o falsedad de las proposiciones que en ellas se incluyen.

Normalmente la proposición enunciativa tiene pretensión de verdad o puede ser objeto de una refutación de falsedad porque lleva implícito un juicio. Y su pretensión de verdad le viene justamente del juicio tácito que a ella siempre la acompaña. En efecto, si yo expreso: «La noche está fría», tácitamente digo: «Es verdad que la noche está fría». Es una economía del lenguaje, como hay tantas, el que casi nunca nos expresemos en esta forma, y sería horriblemente fatigante que todas nuestras enunciaciones fueran o tuvieran que ser calificadas de verdaderas. No es el pensamiento, simplemente, como quiere Pfaender, el que puede ser refutado (hablo del refutar como un acto interpersonal), es el pensamiento con pretensión de verdad, el que puede ser objeto de una refutación. Porque si yo, como investigador de un caso policíaco, cavilando en voz alta, y para eliminar

---

las posiciones expresamente contrarias, fácilmente consultables, y que se hallan en *Filosofía del Derecho*, de L. LEGAZ LACAMBRA, págs. 202 y sigs. (Ed. Bosch, Barcelona, 1953); L. RECASÉNS SICHES: «Adiciones a Del Vecchio», en *Filosofía del Derecho*, tomo I, págs. 238 y sigs. (México, 1946), y *Vida Humana, sociedad y Derecho*, págs. 110 y sigs. (México, 1945); Carlos COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, págs. 144 y sigs. (ed. cit.); Fritz SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, págs. 56 y sigs. (Ed. Losada, Buenos Aires, 1942; versión española).

hipótesis, digo: «este hombre se ha suicidado», «este hombre ha sido asesinado por su amigo», «este hombre ha sido muerto por una emanación de ácido carbónico», en realidad estoy anunciando pensamientos, todos los cuales han empezado por ser pensados como falsos. La refutación de falsedad de un posible Watson que yo, como investigador, tuviese al lado, carecería de sentido.

Pero porque las enunciaci3n como verdaderas es por lo que, normalmente, para el oyente habitual, pueden ser refutadas de falsedad. Y toda enunciaci3n resulta as3 acompa1ada de un elemento existencial (18), que desborda los campos de la l3gica, que no se inserta en el engranaje puramente l3gico, que es la certidumbre con la que el que enuncia expresa su proposici3n enunciativa. Esta certidumbre, que en s3 misma es una pretensi3n de verdad, no es igual, como resulta evidente, ni al pensamiento enunciativo enunciado (perd3nese-me la repetici3n), ni al elemento gnoseol3gico, o de conocimiento que pueda haber detr3s. Si conocer es conocer con verdad, es claro que en una proposici3n enunciativa que llamo verdadera, pero que es falsa, no hay conocimiento posible. Y si pensar enunciativamente es enunciar un concepto-predicado de un concepto-sujeto, resulta igualmente claro que pienso, aun en el caso en que a1ado expresamente que el tal pensamiento es 3l mismo, falso.

El juzgar resulta as3 una realidad que se escapa tanto al pensamiento en el plan puramente l3gico como al conocimiento, en el plan gnoseol3gico.

Y si esto puede asentarse con validez del pensamiento enunciativo, que por s3 posee para el oyente desprevenido (por una inveterada costumbre del hablar humano), una pretensi3n de verdad o falsedad, con mayor vigor se encuentra ese elemento existencial en los dem3s pensamientos, tales como los interrogativos, optativos e imperativos.

Del que pregunte: «¿Pedro ha venido?» cabe pensar que lo haga como una simple pregunta capciosa, de algo que ya sabe, pero espera averiguar si aquel a quien interroga tambi3n lo sabe. O puede, con tal pensamiento, expresar una imperaci3n, como cuando (como muy bien dice Pfaender) preguntamos a nuestro sirviente: «¿D3nde est3 el sombrero?», queriendo en verdad decirle: «Tr3igame el som-

(18) Denomino «elemento existencial» a lo que la fenomenolog3a llama acto. No es este el lugar para m3s explicaciones. (Ver E. HUSSERL: *Investigaciones l3gicas*. Sexta investigaci3n, tomo IV, esp. p3gs. 24 y sigs., y 214 y sigs.)

brero». Pero el preguntar verdadero es aquel que expresa el deseo de un saber y espera obtenerlo de aquel a quien interroga. Por eso la pregunta supone siempre un preguntado, un interrogado. No es el simple *anhelo* de saber el que caracteriza a la pregunta, sino una *esperanza* de que esa pregunta puede ser contestada por alguien a quien la pregunta se dirige. Por eso no es un interrogar el simplemente decir: «Que yo sepa pronto si Pedro ha venido», pensamiento en el que va una optación, un deseo de saber, pero no una interrogación.

Del que expresa: «Que venga Pedro» es forzoso decir que no está enunciando nada. Si no enuncia nada, ninguna pretensión de verdad puede tener su pensamiento. Esa proposición no es verdadera ni falsa. Ese deseo puede ser legítimo o ilegítimo, posible o imposible. Ya cabe pensar también que simplemente se exprese en forma optativa un pensamiento en el que ningún deseo exista, v. gr., como si añadiera: «Que venga Pedro... sería mi mayor infortunio». Pues si en el pensamiento interrogativo cuando es real, existe un elemento de deseo de saber y una esperanza de que se nos satisfaga ese deseo, en el pensamiento opcional hay en verdad un deseo, un anhelo, sin el cual el pensamiento puede poseer la forma lógica de tal, pero carece de verdadera realidad optativa.

A su turno el pensamiento imperativo es también dueño de un elemento existencial, que no anida para nada en su forma lógica, pero que sin él carece del verdadero carácter imperativo, deja de ser una imperación. Yo puedo ser un hombre sediento del poder y expresar todos mis pensamientos optativos en forma de imperaciones, como cuando decimos: «Muéstreme usted a Dios»; o hacer una interrogación en igual forma: «Dígame si es verdad o no». Hay locos delirantes que no enuncian nada; todo lo que tendrían que enunciar lo expresan en forma de mandatos: «Dios, existe» (19).

Y concretándonos al derecho, ya hemos expresado que la verdadera forma de la proposición jurídica es la forma imperativa. Que no sea sólito redactar ningún código con pensamientos imperativos,

---

(19) Cf. HUSSERL: *Investigaciones...*, tomo IV, págs. 214 y sigs., en que refutando la teoría aristotélica, sostiene que en todos los «actos no objetivantes» (enunciaciones), son juicios, porque «los actos de preguntar, desear, ordenar, etc., se convierten en objetos nombrados o expresados de cualquier otra manera y eventualmente de las situaciones objetivas predicadas» (pág. 226). Esta convertibilidad en juicios, pensamos, es lo que hace posible una lógica jurídica. Pero no conlleva en sí que el *imperativo* sea, sin más, un juicio.

hoy más que nunca es explicable de suyo, como resalta tan claro para los normativistas el por qué las leyes no contienen siempre la expresión «debe ser» (cfr. Kelsen, *Teor. Gral. del Derecho y del Est.*, pág. 46). Una proposición de deber ser no expresa de por sí una imperación. Todas las formas escritas y verbales con que se expresa una técnica tienen en su hondo sentido la forma del deber ser: «Si quieres tal cosa, debes tal otra». La forma del deber ser es la propia de los llamados por Kant «imperativos hipotéticos». Pero ni las técnicas o enseñanzas de cómo se debe proceder para adquirir tal fin tienen parentesco alguno con el derecho, ni los imperativos hipotéticos o condicionales son verdaderos imperativos. ¿O es que puede llamarse mandado a aquello que queda al arbitrio de aquel a quien se manda?

El verdadero imperativo es el imperativo categórico, incondicional. Y de este linaje es el imperativo propio del derecho. Siempre que hay derecho objetivo hay una imperación de este orden. Y la imperación mienta ya, fenomenológicamente, la voluntad en el que manda de hacer cumplir su mandato. Porque es así, es por lo que el mandato que no se hace cumplir torna en irrisión al mandante. La finalidad, por tanto, del imperativo jurídico no es la de que se escoja entre la imperación o la pena que, de no cumplir el mandato, se seguiría, sino la del mandato a secas, la del cumplimiento de lo mandado sin condiciones.

Porque el derecho que nació, en un principio de la conceptualización enunciativa de lo que es justo en sí, por fuerza de la mala voluntad de los hombres hubo de tornarse en absoluta imperación, en mandato incondicionado (20). El fin del derecho no es que el obligado elija entre lo mandado y la pena. Lo que el derecho quiere en sí es que el deudor pague sus deudas, que la sentencia se cumpla, que no haya robos ni asesinatos, ni falsos juramentos. Pero es una realidad social que no siempre está el que dicta el imperativo en la

---

(20) En este sentido, el Derecho positivo es una transacción, un «como sí», esto es, una forma práctica de detener las interminables disputas de los hombres. La conceptualización enunciativa, convertida luego en imperativa, esto es, en Derecho, puede ser imperfecta en relación con la justicia (aun en los casos en que esta justicia se busca de propósito); pero la vida práctica, la vida vivida, prefiere una conceptualización imperfecta, a que no exista ninguna. Volviendo al ejemplo de la ciencia pura, es notorio que en ella abundan las hipótesis de trabajo, aun tenidas como falsas, pero mantenidas en «el compromiso» de que, sin ellas, la ciencia no daría muchas veces paso alguno adelante.

posibilidad de velar por su estricto cumplimiento. Entonces es cuando el imperativo se expresa en forma disyuntiva: «O se respeta la vida ajena o se va a la cárcel (o a la silla eléctrica)», etc.

Una proposición imperativa no es jamás, como se ha visto, un conocimiento. Por esto las llamadas normas jurídicas no son los conceptos con que conocemos la conducta jurídica, como quiere Cosío (21). Lo que a mi juicio hay de cierto en esta tesis es que, históricamente, el imperativo empezó por ser sólo un pensamiento enunciativo de las relaciones de justicia, de lo que es justo natural, de lo que es derecho de libertad, en el sentido expresado atrás.

Pero de aquí resulta claro qué es lo que se llama positividad del derecho en su sentido estricto: Ni más ni menos que el elemento existencial que posee todo imperativo. Sólo hay un imperativo, donde existe una voluntad de mandato, de imposición efectiva. De otra suerte, el imperativo desaparece como tal y queda sólo como pensamiento. En este sentido tiene razón Del Vecchio al decir que la nota de vigencia o positividad no es esencial al derecho. Esto es, no es esencial al *pensamiento* del derecho que es imperativo, pero sí al derecho mismo que no es sólo pensamiento imperativo.

Con esto parece resultar clara una diferencia entre positividad y vigencia, no obstante que para muchos sean iguales estos dos conceptos. La positividad dice relación a la *realidad* de un mandato. Como el imperativo tiene un elemento existencial, ya destacado suficientemente, es esa existencia del mandato lo que se busca confrontar o verificar cuando se pregunta por la positividad de un derecho. Pero puede haber mandatos que no se *imponen* por la impotencia misma en que está el que los impera de hacerlos cumplir. En tal caso, tales mandatos no son vigentes. «Se obedece, pero no se cumple», decían nuestros antepasados, los conquistadores españoles que venían a estas tierras de América, con muy detalladas pragmáticas de la metrópoli. En el *obedecer* de la frase había una vaga alusión a la positividad del mandato; en el cumplirse otra ya más explícita a su vigencia (en este caso, a su no vigencia). Y en este mismo sentido cabe entender una revolución: Una revolución jurídica parte siempre de la positividad de un derecho, de un imperativo, al que enerva en principio en las posibilidades de su vigencia para reemplazarlo después por otro tipo

(21) Ver *La teoría egológica del Derecho*, passim, esp. 241 a 243, y 301 a 303 (Ed. Losada, Buenos Aires, 1944), y *Teoría de la verdad jurídica*, esp. capítulos III y IV.



de imperativos. Cuando el nuevo mandato, existencialmente verificado, revela además sus posibilidades de vigencia es porque un derecho nuevo ha reemplazado al derecho derrocado, que queda entonces ya sólo como pensamiento jurídico.

Con decir que el derecho es un imperativo (positivo) vigente, no aludimos para nada a su valor. Es una forma lógica, pero también una realidad, porque el imperativo es realidad. Y por tal razón es por lo que en unos casos puede ser justa y en otros injusta. Y como tal realidad, exige una de estas dos calificaciones. Porque es un imperativo sobre la acción coherente con una realidad en proyecto. La vinculación del derecho con la justicia o con la injusticia se hace mediante la reducción del imperativo a la proposición enunciativa que un día le diera su origen. Y esta proposición enunciativa tiene un predicado de justicia o injusticia. El derecho positivo resulta entonces no igual a la fuerza, sino reducible a la pura fuerza, cuando la realidad que le da origen no es una realidad de justicia. Pero entonces decimos más exactamente que convertido en pura fuerza es injusticia. Que en ocasiones haya que obedecerlo, ello se deberá a que, aunque en su enunciado básico, en su proposición enunciativa fundamental, no miente lo justo, la existencia misma del mandato ya es, bajo otra razón, una exigencia de elementos de justicia, como son aquellos que atañen al orden en la sociedad.

Y con esto desembocamos en otro concepto afín a los de positividad y vigencia: el concepto de validez. Me parece que el jusfilósofo argentino Villanova distingue con exactitud lo que se llamaría «validez del orden jurídico» frente a la «validez del pensamiento jurídico» (22). Por validez, en general, debemos entender la consecuencia deductiva sobre los pensamientos jurídicos. Pero ya hemos dicho que el pensamiento jurídico es un imperativo, y que dudábamos que existiera una auténtica lógica autónoma de los pensamientos distintos de los enunciativos. Pero el pensamiento imperativo, como ya también se vió, es convertible en un pensamiento enunciativo, y de esta clase son los que figuran en los códigos de todo el mundo actual. La posibilidad deductiva sobre pensamientos enunciativos ya ha quedado establecida por todos los distintos sistemas de lógica. Y la consecuencia que esta deducción ostente será también la validez de un

---

(22) Cf. *Vigencia y validez en el Derecho*, págs. 14 y sigs. (Imprenta de la Universidad, Santa Fe, 1949). Pero es de advertir que la distinción aquí apuntada no es precisamente aquella de que hace uso el profesor VILLANOVA.

pensamiento jurídico determinado. Sin embargo, no creo, como piensa el jusfilósofo mexicano Eduardo García Maynes, que la validez sea la nota propia de la conclusión jurídica correctamente extraída, y no la verdad. La validez o invalidez, en este sentido, es el valor propio del proceso de inferencia, pero por ser inferencia, no por ser deducción jurídica. Como ya expresábamos, todo sistema de lógica, concluye por una proposición de verdad o falsedad. Y las consecuencias que se extraen de una determinada imperación convertida en pensamiento enunciativo expresan también una verdad, pero sólo esta: Que tal cosa es *verdaderamente* lo mandado en la proposición consecuencial, porque es verdaderamente mandado lo enunciado en las premisas (23).

Y en este sentido, la validez que se ha buscado es la del pensamiento jurídico. Pero no la del orden jurídico. Porque pueden existir inferencias equivocadas, incorrectas, que el derecho, sin embargo, asuma como válidas, en razón de principios superiores: tal es el caso de la sentencia con fuerza de cosa juzgada, cuya conclusión sea ya no sólo un error de lógica, sino también una astuta voluntad de violar las premisas legales en que el fallo dice fundarse.

Pero con el tema de la validez se conecta otro muy caro a Kelsen, cual es el de la plenitud hermética del orden jurídico. Esta tesis surge como consecuencia del principio, para él indiscutible, de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, del cual hace abundante uso en la estructuración de su teoría pura del derecho. Pero este principio, que en Kelsen tiene el carácter de un supuesto lógico, se enlaza irremediabilmente con un principio de validez on-

(23) Escrito lo anterior, hallamos en Luis LEGAZ LACAMBRA («El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, Madrid, 1954; ensayo ya citado *supra*), lo siguiente: «Pero no parece suficiente este criterio para fundar una lógica del deber ser, porque la contraposición entre verdad y validez es relativa, si se piensa que la verdad de un pensamiento es su validez y que hay un pensamiento válido porque y en tanto que es verdadero. De otra parte, se pueden convertir fácilmente tanto el principio de contradicción lógica —dos proposiciones contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas— como el de contradicción jurídica —no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias— en juicios enunciativos contradictorios de los que afirmasen lo contrario —o sea que dos proposiciones contradictorias podrían ser verdaderas a la vez, como ser a la vez válidas dos normas contradictorias—, y entonces se vería que uno y otro principio no eran más que especificaciones de una y la misma lógica, pues dentro de la contradicción lógica advertiríamos la «invalidez» de la proposición que afirmase la compatibilidad de juicios enunciativos contradictorios y la «no verdad» del principio que sostuviese la compatibilidad de normas contradictorias» (pág. 303).

tológica, cuyo desarrollo, de acuerdo con las bases enunciadas arriba, desbordaría en mucho la extensión de lo que llevamos escrito.

Más importante, por ahora, y para esta introducción, es detenernos en otras consideraciones en torno al normativismo en general, como propio del derecho, y en algunas de las tesis con que hoy se sustenta.

Aunque en principio lo que se deja enunciado (sobre que el derecho está constituido por una proposición imperativa, con el elemento de realidad volitiva que toda imperación implica), equivale a adscribir esta teoría a las tesis voluntaristas sobre el derecho, sin embargo, todo lo dicho revela una modalidad especial.

Legaz Lacambra recuerda cómo el filósofo y teólogo Domingo Soto (y con él otros del siglo XVI), influido por los elementos voluntaristas del pensamiento agustiniano, a la definición tomista de la ley como *ordenación de la razón*, añadió el concepto de *mandato*: «Ordinatio et mandatum rationis» (24). Con todo, en esta noción, la ley sigue siendo lo que *debe ser*, no lo que es en realidad, aun cuando no puede afirmarse de ella que sea una «ordenación» de la razón, sino una injusticia, una irracionalidad. Pero aquí no hablamos de una «razón» en el sentido de una «razón razonable», de una «razón justa». Cuando decimos que el derecho es un «pensamiento imperativo» expresamos que el derecho tiene que manifestarse en una forma conceptual, que es la del pensamiento, pero en ese pensamiento hay efectivamente un mandato. El derecho, para que sea derecho, no queda como la simple forma de pensamiento imperativo, sino unido a lo que el imperativo mismo implica, esto es, la voluntad de que se cumpla lo ordenado. Cuando Santo Tomás describe la ley como ordenación de la razón, en realidad se queda, es seguro que voluntariamente, en la primera etapa del proceso legal; es a saber: que toda ley es una conceptualización sobre lo que es justo o lo que es injusto.

Pero, como hemos dicho, todo pensamiento tiende a hacerse pragmático. Y en el pensamiento del derecho este devenir es esencial. El pensamiento enunciativo se hace imperativo, con voluntad de mandato, y es entonces sólo cuándo llega a ser derecho. Cuando leemos a los juristas anteriores al Código Napoleón, no deja de sorprendernos que muchas de sus tesis presentadas como opiniones fueran incorporadas más tarde, incluso con sus propias palabras, en el famoso Código. Lo que el señor Pottiers conceptualiza, el Código lo con-

(24) *Filosofía del Derecho*, pág. 206.

vertía en imperación, aunque conservara, o mejor aún, conservando la misma forma enunciativa del gran tratadista.

Pero, pese a esta forma enunciativa, mantenida en el Código, el pensamiento allí formulado es un verdadero imperativo, lo que sobre él preguntamos no es si aquello resulta verdadero o falso, sino si lo que dice está mandado o no. De ahí que la interpretación jurídica, que empieza y prosigue considerando las fórmulas jurídicas como cualquier otro tipo de pensamiento enunciativo, tiene forzosamente que concluir: «Lo que aquí se dice, es que esto es lo mandado», y no simplemente: «Lo que aquí se dice es lo verdadero». Y avanzando aún más, podríamos añadir que toda interpretación como la deducción jurídica concluye en una proposición de este tipo: «Lo que aquí se dice, sea en sí falso, o sea en sí verdadero, es lo *verdaderamente* mandado».

Kelsen refuta a Austin cuando éste define el derecho como un mandato aduciendo, entre otras razones, la de que en todo mandato debe haber una voluntad actual que lo sostenga. Muerto, por ejemplo, el mandante, el mandato desaparece. Pero la ley no desaparece porque hayan ya desaparecido los legisladores, ni el contrato deja de obligar cuando uno de los contratantes manifiesta que ya no quiere lo pactado. Y el testamento sería imposible, supone Kelsen, porque éste es, por esencia, una voluntad para más allá de la muerte. De donde concluye que el derecho no es un imperativo, sino una norma cuya esencia está en la imputación, mediante el vínculo del deber ser (25).

Pero la imperación en que consiste el derecho y que posee, como hemos visto, un elemento existencial de voluntad, no deja de ser tal imperación, porque la voluntad individual que en un momento la promulgara, deje de existir. Esa imperación, tanto en su forma de pensamiento como en su realidad de voluntad, se convierte en espíritu objetivo, impersonal (26). Pero no por devenir espíritu objetivo, ha de perdurar con los solos elementos lógicos del pensamiento imperativo. Esto es obviamente cierto de suyo: una poesía se nos presenta en el plano del espíritu objetivo no sólo con los conceptos en ella expresados, sino principalmente con los sentimientos que la hicieron

(25) *Teoría general del Derecho y del Estado*, págs. 31 y sigs.

(26) En capítulos posteriores (no incluidos aquí), se desarrolla ampliamente esta tesis del espíritu objetivo en relación con la imperación jurídica.

nacer. De igual manera, el mandato jurídico queda allí dotado con la voluntad que lo hizo imperación.

La impersonalidad de la norma no le viene, como podría pensar Kelsen (27), de que ésta enuncia simplemente que algo debe ser así, sino del espíritu objetivo que se conserva en toda forma cultural, como es, desde luego, un mandato del derecho. De las ruinas de una venerable casa queda sólo la puerta, en que se lee: «Se prohíbe pasar». La piedra en que está grabada la prohibición es visiblemente antigua, el sentido de ésta sólo puede venirle de que haya en realidad un recinto cerrado tras la puerta que ostenta la leyenda. Mi amigo, deseoso de seguir adelante, obedeció la prohibición, en este caso el espíritu objetivo de una voluntad que se sobrevivía, y penetró a las ruinas, eludiendo traspasar la puerta. Muchas leyes se cumplen de esta guisa, aun a conciencia de que la voluntad del que las ordenó es hoy totalmente adversa a ellas. Es en este sentido primordial cuando puede hablarse de «non sub homine sed sub lege», o cuando puede escribirse que «la ley es más sabia que el legislador», o cuando se expresa que «la voluntad de la ley ya no coincide con la voluntad del legislador».

Mirado el derecho como un simple «deber ser», en la forma neutra en que quiere Kelsen, se reduce aquél no a un instrumento de paz, a una técnica de la paz social, sino a una descripción de posibles hipótesis sobre la conducta de los hombres. Si el derecho no impera, nada consigue para el efectivo imperio del orden social, con que sólo advierta no ya *lo que ocurrirá*, sino *lo que debe ocurrir*, si alguien no se comporta en un determinado sentido. Pensar así recuerda aquella famosa cuestión teológica sobre la ciencia media, o sea si Dios conoce también los futuribles, es decir, no sólo los futuros necesarios o libres, sino aquellos actos de una voluntad libre que ocurrirían en una circunstancia posible. Y responden muchos afirmativamente, aduciendo el libro I de Samuel (23, 12) en que David preguntó a Yavé: «Si me quedo en Queila, ¿sus habitantes me entregarán a Saúl?» Yavé le respondió: «Te entregarán». Y entonces David abandona la ciudad. El derecho, con la tesis normativista, se convierte así en menos que un futurible, pues el jurista que lo conoce sólo puede responder: «De ser esto así, debe ocurrir tal otra cosa». Pero la proposición jurídica no es una hipótesis futurible. Es, al contrario, un mandato, cuenta con una conducta futura, y prevé para

(27) *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 37.

ella el que tiene que ser como el derecho manda. Ya veremos después en qué sentido este saber del purista sí puede llegar a ser todavía menos que un futurible.

El derecho no manda una disyunción: la conducta ordenada o la pena. Sino que se transa por esta última, cuando la primera no se cumplió efectivamente. De otra suerte, el derecho estaría formado solamente por *leges mere poenales*, es decir, aquellas en que se puede escoger (según la concepción de los que defienden su existencia), entre el obediencia o el castigo (28). Pero si ya es discutible que un reglamento de circulación en que se prohíbe transitar por una calle en determinada dirección, so pena de multa, sea una ley de este orden, con mayor razón lo será la extensión de este concepto a todo el sentido del derecho. Porque si el derecho fuera sólo esto, cabría suponer que ninguna autoridad de tránsito debiera detener al que marcha a contra-vía, sino esperarle apaciblemente al término de su carrera, para exigirle la multa prevista.

Es un hecho que el normativismo tiene razón parcial, ante la complejidad de la vida moderna, en que el derecho no siempre puede estar presente para hacerse vigente (29). Por ello, como interpreta Legaz Lacambra, el último estadio del pensamiento de Kelsen, éste vendría a decir en sus libros más recientes: *deber ser* es la estructura propia de las *reglas* que elabora el jurista, mas no la que pertenece a la *norma*, que es en lo que consiste el derecho. Sea o no ajustada esta exé-

---

(28) Sobre las *lege mere poenales*, ver LEGAZ LACAMBRA, *Fil. del Der.*, páginas 242 y siguientes y la bibliografía allí citada. Es claro que el problema moral en relación con estas *leges*, que es el que estudian los teólogos, apenas tiene que ver con el estrictamente jurídico a que aquí se alude.

(29) Todo normativista consecuente, al moverse en un plano ideal, tiene que decir, como KELSEN, que la norma de Derecho «por su misma naturaleza es inviolable», y «declarar que una norma es «violada» por cierta conducta es una expresión figurada, y la figura empleada no es correcta» (*Teor. del Der. y Est.*, página 48. Y esto es verdad si la validez no se quebranta con el hacer lo que la «norma secundaria» prescribe, pues lo que le interesa al Derecho es la «norma primaria», en su primera parte, esto es, en la condición de la coacción, coacción que a su turno no será, sino que debe ser, y si a su vez la coacción no es, sólo debe ser otra coacción contra el Juez, y así hasta el infinito, en el plano puramente ideal. Pero al decir que el Derecho es un imperativo, si hay posibilidad de reconocer que ese imperativo se violó, de hecho, aunque en esencia es inviolable. Y aquí hay que recordar a DEL VECCHIO, quien anota muy bien que su misma violabilidad fáctica destaca su inviolabilidad esencial (*Fil. del Der.*, página 333, Ed. Bosch, 1953).

gesis (30), es lo cierto que ella coincide con lo que sabemos fué la intención de Kelsen al crear «la teoría pura»: Decir cómo actúa el jurista, el científico del derecho, ante el derecho mismo, ante la imperación en que éste consiste. Pero viendo esto así, «la teoría pura» resulta entonces una pura descripción del saber de los juristas, no una ciencia del derecho como tal. Y cabe pensar en la conexión de esta teoría pura con la llamada jurisprudencia sociológica, imperante en los Estados Unidos. Pero esta conexión revelará también una diferencia: ni el jurista de la teoría pura, ni el de la jurisprudencia sociológica, saben qué va a ocurrir; pero mientras el primero se limita a lanzar hipótesis sobre lo que debe ser, el abogado norteamericano aplica el sistema de las probabilidades y dice cuál será lo que más probablemente ocurra como conducta del juez en el fallo. El saber de los juristas de la teoría pura es más prudente, y por lo mismo más científica; el de los juristas americanos más pragmático y, por igual razón, menos enmarcable, en una ciencia pura.

¿Pero es que el saber de los juristas debe ser sólo un saber de meras posibilidades? (31). El saber de los juristas no se limita, ni

---

(30) Y yo no sé hasta dónde lo sea, pues en el lugar que cita LEGAZ, por cierto copiado más arriba, el propio KELSEN habla de que la palabra «imperativo» o «mandato» es tomada en sentido figurado (ver nota *supra*). Es cierto que en las conferencias dictadas en Buenos Aires se expresó con más énfasis la tesis del mandato con voluntad no psicológica. Un autorizado discípulo y comentarista de KELSEN, Josef L. KUNZ (*La teoría pura del Derecho*, Imp. Univ., México, 1948), al señalar los cambios sufridos por la nueva posición kelseniana en su último libro (el que estamos glosando), no alude para nada a posición alguna imperativista en el maestro vienés, y antes refuerza la convicción de que para KELSEN no es sólo la teoría del Derecho, sino el Derecho mismo, la ley, la que tiene una estructura de norma, de deber ser (ver págs. 51-52). Por otra parte, si no fuera así, quería decir que KELSEN habría roto con sus principios gnoseológicos fundamentales, según los cuales el conocimiento crea el objeto.

(31) A este respecto, y comentando la teoría de SCHREIER, según la cual la ciencia jurídica posee una forma de la legalidad matemática, escribe Luis E. NIETO ARTETA: «Volvamos a lo anterior. La norma es un juicio en el cual se aprehende la conducta humana, en el cual se conocen el modo de ser y las conexiones objetivas que se dan en la experiencia jurídica. Dentro de la identificación de la norma y el Derecho, éste queda transformado en un conjunto de presuntas leyes matemáticas que, como tales, como leyes matemáticas, no tendrían ninguna relación gnoseológica con la rica y compleja conducta humana, con la variable y diversa experiencia jurídica. La tarea de los juristas es algo totalmente diferente e incompatible con una simple aprehensión de leyes matemáticas o exactas. Los juristas están siempre dedicados a un incesante conocer y describir la conducta humana. Se sorprenderían, y con mucha razón, si se les

con mucho, a este extremo. El jurista no sólo conoce los imperativos del derecho, sino, además, los actos que están en él contemplados. No dice sólo: «Si usted lleva a cabo tal conducta, deberá acaecerle tal consecuencia». A menudo los casos que al jurista se presentan son de los relacionados con la conducta ya efectuada. Y ante ella el jurista no se limita a decir lo que deberá hacer el juez, sino lo que el derecho mismo ordena como consecuencia de esa conducta. Esto confiere al saber del jurista no sólo el de la elaboración de una cadena de proposiciones de deber ser, sino el papel de un nuevo descubridor de mandatos jurídicos, de obligaciones jurídicas, y es en este campo en donde se realiza una de las más amplias tareas de cualquier abogado en su ejercicio profesional.

CAYETANO BETANOUR

---

dijera que al valorar la conducta de un contratante, de un delincuente o del titular de un derecho (caso este último que se da en el llamado «abuso del derecho») realizan una labor idéntica a la de un matemático cuando conoce, aprehende o intuye leyes matemáticas. La ciencia jurídica es una ciencia empírica, no una ciencia de objetos ideales. SCHREIER ha identificado el derecho con la norma y ha hecho de la ciencia jurídica una ciencia de puros objetos ideales en el deseo de no caer o incurrir en un equivocado empirismo. Pero sería menester distinguir el empirismo propio de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu o culturales. Es una distinción que infortunadamente no ha aprehendido SCHREIER. En la siguiente frase identifica el empirismo de las ciencias naturales con todo empirismo: «Para los empiristas todos los objetos son hechos naturales y, por consiguiente, toda ciencia es experimental; las leyes científicas sólo pueden derivar de los hechos.» Es una posición muy semejante a la de su maestro Hans Kelsen cuando éste confunde a toda sociología con la sociología naturalista del viejo e inhistórico positivismo. Hay un empirismo que no es el de las ciencias naturales, y hay una sociología que no es la sociología positivista que identifica erróneamente lo social con lo natural. (*La ley*, Buenos Aires, 1.º de agosto de 1950, pág. 3.)